

PENEMUAN HUKUM (RECHTSVINDING) DAN PENCIPTAAN HUKUM (RECHTSSCHEPPING) OLEH HAKIM UNTUK MEWUJUDKAN KEADILAN

Siti Malikhatus Badriyah

Dosen Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Jl. Imam Bardjo, SH No. 1 Semarang

Abstract

At present, the judge should have high creativity and progressive minded, so it really enforce the law in accordance with the values that develop within the society. In judging and decision making, judges must conduct rechtsvinding, so that decisions can actually bring about justice for the coveted society. In law enforcement judges should adhere to the principle that the law is for man, not man for the law, so it should really pay attention to the dynamics of society. Judges no longer a la Bouche de la loi (funnel legislation), but also conduct rechtsvinding of rechtsschepping even if the decision followed the other judges in decision making. Thus, the judge should have as a vigilante or a mujtahid (one who fought jihad), which can reveal the hidden force of law, so the law becomes sharp and can solve problems in society.

Keyword: legal finding, the rule of judge

Abstrak

Pada saat ini hakim harus memiliki kreatifitas yang tinggi dan pikiran yang progresif sehingga penegakan hukum sesuai dengan nilai-nilai yang dibangun dalam masyarakat. Dalam mengadili dan pembuatan putusan hakim harus melakukan penemuan hukum sehingga keputusannya melahirkan keadilan yang sebenarnya dan bermanfaat bagi masyarakat. Dalam penegakan hukum hakim harus memegang prinsip bahwa hukum untuk manusia dan manusia bukan untuk hukum. Oleh karena itu harus ada perhatian terhadap dinamika sosial. Hakim tidak lagi berfungsi sebagai corong undang-undang tetapi juga harus melakukan penemuan hukum yang akan diikuti oleh hakim-hakim lain dalam pembuatan keputusan. Oleh karena itu hakim harus bersikap sebagai mujtahid (orang yang berjihad) sehingga kekuatan hukum yang tersembunyi menjadi terungkap.

Kata kunci : penemuan hukum, peran hakim

Indonesia sebagai salah satu negara di dunia, memiliki masyarakat yang heterogen (pluralistik). Heterogenitas ini tentu berpengaruh terhadap kehidupan manusia, karena setiap manusia mempunyai kepentingan yang kemungkinan terdapat persamaan antara satu dengan yang lain, namun seringkali terdapat pula perbedaan, sehingga tidak jarang terjadi konflik yang tidak dapat dihindari. Gangguan kepentingan atau konflik harus dicegah atau tidak dibiarkan berlangsung terus, karena akan mengganggu keseimbangan tatanan dalam masyarakat. Manusia akan selalu berusaha agar

tatanan masyarakat dalam keadaan seimbang (*equilibrium*), karena keadaan tatanan masyarakat yang seimbang menciptakan suasana tertib, damai dan aman, yang merupakan jaminan kelangsungan hidupnya. Oleh karena itu keseimbangan tatanan masyarakat yang terganggu harus dipulihkan dalam keadaan semula (*restitutio in integrum*)¹. Untuk melindungi kepentingan manusia dalam masyarakat, diperlukan kaidah sosial², salah satunya adalah kaidah hukum.

Fungsi kaidah hukum pada hakikatnya adalah untuk melindungi kepentingan manusia.³ Kaidah

1. Sudikno Mertokusumo, 1996, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta, Liberty, hlm. 4

2. Kaidah sosial pada hakikatnya merupakan perumusan suatu pandangan mengenai perilaku atau sikap yang seyogyanya dilakukan atau yang seyogyanya tidak dilakukan, yang dilarang dijalankan atau yang dianjurkan untuk dijalankan.

hukum bertugas mengusahakan keseimbangan tatanan di dalam masyarakat dan kepastian hukum agar tujuannya tercapai, yaitu ketertiban masyarakat⁴. Agar kepentingan manusia terlindungi, maka hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum. Dalam hal ini hukum yang telah dilanggar itu harus ditegakkan. Melalui penegakan hukum inilah, hukum menjadi kenyataan. Penegakan hukum⁵ merupakan *sokoguru* (tiang utama) yang memperkokoh fundamen yang menunjang kesejahteraan hidup masyarakat, dalam berbagai aspek kehidupan. Menurut Soerjono Soekanto,⁶ inti dari proses penegakan hukum (yang baik) adalah penerapan yang serasi dari nilai-nilai dan kaidah-kaidah, yang kemudian terwujud dalam perilaku. Pola perilaku tersebut tidak terbatas pada warga masyarakat saja, akan tetapi mencakup juga golongan "*pattern setting group*" yang dapat diartikan sebagai golongan penegak hukum dalam arti sempit.

Dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang harus diperhatikan, yaitu: kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*), dan keadilan (*gerechtigkeith*)⁷. Ketiga unsur tersebut oleh Gustav Radbruch⁸ dikatakan sebagai penopang cita hukum (*idee des Rechts*). Cita hukum ini akan membimbing manusia dalam kehidupannya ber hukum. Ketiga nilai dasar tersebut harus ada secara seimbang, namun seringkali ketiga nilai dasar tersebut tidak selalu berada dalam hubungan yang harmonis satu sama lain, melainkan berhadapan, bertentangan, ketegangan (*spannungsverhältnis*) satu sama lain. Dalam hal terjadi pertentangan demikian, yang mestinya diutamakan adalah keadilan.

Berkenaan dengan hal tersebut, Satjipto Rahardjo menawarkan suatu konsep Hukum Progresif yang bertolak dari dua komponen yang menjadi basis dalam hukum, yaitu peraturan dan perilaku (*rules and behavior*). Di sini, hukum ditempatkan sebagai aspek perilaku, namun juga sekaligus peraturan.⁹ Hukum

adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya,...dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu...untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia¹⁰. Dengan demikian hukumlah yang harus diabdikan pada manusia, bukan manusia yang harus mengabdikan pada hukum, dan tidak pada tempatnya mengorbankan manusia demi kepentingan hukum (ilmu hukum maupun praktik kehidupan ber hukum, dengan alasan keterbatasan hukum dalam menghadirkan keadilan sebagaimana yang sering dikemukakan oleh kaum positivis dengan konsepsi kebenaran formal dan proseduralnya.¹¹

Dalam penegakan hukum, hakim¹² mempunyai peran sentral, baik hakim Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi, Mahkamah Agung, maupun Mahkamah Konstitusi. Dalam penyelenggaraan peradilan, hakim melakukan penerapan hukum yang abstrak sifatnya pada peristiwa yang konkrit. Karena beraneka ragamnya kegiatan kehidupan masyarakat dan cepatnya perkembangan dan perubahannya, maka tidak mungkin tercakup dalam satu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas. Oleh karenanya sudah wajar kalau tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup keseluruhan kegiatan kehidupan manusia, sehingga tidak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap selengkap-lengkapnyanya dan jelas sejelas-jelasnya. Karena hukumnya tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dicari dan diketemukan. Terlebih lagi mengingat ada kemungkinan suatu perkara yang dihadapkan pada hakim belum ada peraturan hukumnya, atau peraturan hukumnya ada tetapi tidak jelas, seharusnya hakim dapat melakukan penemuan hukum, bahkan sekaligus juga pembentukan hukum.

Sejarah mencatat perubahan yang signifikan dari aliran legisme menuju aliran *rechtsvinding*. Di Belanda perubahan yang revolusioner terjadi melalui putusan *Hogeraad* Belanda tanggal 31 Januari 1919 yang dikenal dengan Revolusi Januari. Melalui putusannya, *Hogeraad* Belanda menyatakan bahwa

3. *Ibid.* hlm. 11

4. *Ibid.* hlm. 11. Lihat juga dalam Soejono D. *Penegakan dalam Sistem Pertahanan Sipil*, PT Karya Nusantara Cabang Bandung, 1978, hlm. 17, Fungsi hukum sebagai sarana pengendalian masyarakat dan sebagai sarana untuk mendorong perkembangan masyarakat ke arah yang lebih maju.

5. Soejono D. *Loc. Cit*

6. Soerjono Soekanto, dan Mustafa Abdullah, *Sosiologi Hukum dalam Masyarakat*, Jakarta, CV. Rajawali, hlm. 40

7. Sudikno Mertokusumo, Mr. A. Pitlo 1993, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, PT Citra Aditya Bakti hlm.3

8. Lihat Gustav Radbruch, dalam Satjipto Rahardjo, 2006, *Hukum dalam Jagad Ketertiban*, Cetakan I, Jakarta, UKI Press, hlm. 135

9. Satjipto Rahardjo, 2008, "Membedah Hukum Progresif", Penerbit Buku Kompas, Jakarta, hlmaman 265

10. *Ibid.* hlmaman 188

11. *Ibid.*, hlmaman 187

12. Hakim adalah pejabat yang memimpin persidangan. Ia yang memutuskan hukuman bagi pihak yang dituntut. Hakim harus dihormati di ruang pengadilan dan pelanggaran akan hlm ini dapat menyebabkan hukuman. Hakim biasanya mengenakan baju berwarna hitam. Kekuasaannya berbeda-beda di berbagai negara, lihat <http://catuy.multiply.com/EnaknyaJadiHakim> di Indonesia

yang dimaksud perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365 KUH Perdata, bukan perbuatan yang hanya melawan Undang-undang (hukum tertulis), melainkan termasuk perbuatan yang melanggar hukum tidak tertulis. Adanya tafsiran yang luas dari Pasal 1365 oleh hakim terhadap Pasal 1365 KUH Perdata merupakan suatu keberanian yang luar biasa di bidang hukum, sebab pada masalah-masalah sebelumnya hakim tidak berani memutuskan seperti itu. Dalam hal ini ternyata sudah dipergunakan tafsiran yang luas, sehingga dapat dikatakan bahwa putusan tanggal 31 Januari 1919 dianggap suatu tindakan **revolusi** di bidang hukum dan kehakiman.¹³ Keberanian untuk melakukan lompatan di bidang hukum kini disebut *Rule Breaking*.

Arti Pentingnya Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Peradilan

Keberadaan lembaga peradilan dalam negara modern seperti Indonesia merupakan suatu keniscayaan. Penegakan hukum dan keadilan merupakan salah satu fungsi kedaulatan suatu negara. Dalam bukunya *Territory The Claiming of Space*, David Storey menegaskan tentang peran dan fungsi negara, yaitu: (1) Mengatur perekonomian negara. (2) Menyediakan kebutuhan dan kepentingan publik terutama kesehatan dan transportasi. (3) Menyediakan perangkat hukum dan menegakkan keadilan bagi rakyatnya. (4) Membela dan menjaga teritorial wilayahnya negara dan keamanan rakyatnya dari ancaman pihak luar. Salah satu tiang penyangga tegaknya kedaulatan negara adalah adanya pengadilan berdaulat. Entitas pengadilan sejatinya merupakan lembaga yang bertugas mencerahkan dan memberi arah perjalanan peradaban bangsa.¹⁴

Kekuasaan kehakiman dalam praktik, diselenggarakan oleh badan peradilan negara. Adapun tugas pokok badan peradilan adalah memeriksa, mengadili, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan oleh masyarakat pencari keadilan. Ketentuan mengenai kekuasaan kehakiman ini, di Indonesia secara konstitusional diatur dalam Bab IX, Pasal 24, 24A, 24B, 24C dan 25

UUD 1945 hasil amandemen MPR. Hasil amandemen tersebut telah mengubah struktur kekuasaan kehakiman, karena di samping Mahkamah Agung juga terdapat lembaga kekuasaan kehakiman yang baru, yaitu Mahkamah Konstitusi.

Dalam penegakan hukum, terdapat tiga nilai dasar yang menjadi landasan, yaitu, kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan¹⁵. Namun demikian, seringkali sulit untuk mewujudkan ketiganya secara seimbang. Dalam hal demikian, maka seharusnya yang diutamakan adalah keadilan tanpa mengesampingkan kepastian dan kemanfaatan.

Dalam praktik penegakan hukum di Indonesia masih banyak masyarakat yang tidak puas, bahkan sudah tidak percaya lagi dengan penegakan hukum yang dilakukan oleh para penegak hukum, yang kadang menimbulkan sikap anarkhis, main hakim sendiri. Salah satu penyebabnya adalah karena tidak terpenuhinya nilai keadilan, terutama keadilan masyarakat (*social justice*). Hakim belum sungguh-sungguh menggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat dengan alasan terikat dengan aturan hukum formal yang sebenarnya kaku bahkan dalam beberapa hal justru melenceng.

Menegakkan hukum, tidak sekaligus menciptakan keadilan. Derrida mengatakan bahwa

"The question of justice is not a matter of universal definition, but is rather the following question: How can we, in our particular time in place, work toward justice". Bahkan dikatakan oleh Derrida *"the meaning of justice is elucidated through a contrast with law. In this sense law is the opposite of justice"*¹⁶.

Pandangan Leon Petrazycki tentang keadilan dapat dimaknai sebagai pandangan yang berbeda dengan kebanyakan orang yang mengatakan bahwa keadilan itu adalah abstrak. Menurut Petrazycki, keadilan adalah sebuah fenomena yang konkret yang dapat ditangkap melalui penelitian intuisi kita. Ia mengatakan:

"The doctrine herein developed concerning law in general and intuitive law in particular comprises all the premises needed to solve the problem of the

13. R. Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta, Sinar Grafika, 1996, hlm.257

14. Lihat David Storey dalam Artidjo Alkostar, *Reformasi Sistem Peradilan Dalam Penegakan Hukum di Indonesia*, [http://www.legalitas.org/27 Juni 2007](http://www.legalitas.org/27%20Juni%202007)

15. Keadilan merupakan salah satu tujuan dari setiap sistem hukum, bahkan merupakan tujuan dari setiap sistem hukum, bahkan merupakan tujuan terpenting. Masih ada tujuan hukum yang lain yang juga selalu menjadi tumpuan hukum, yaitu kepastian hukum, kemanfaatan, dan ketertiban. Di samping tujuan hukum, keadilan dapat juga dilihat sebagai suatu nilai (*value*). Bagi suatu kehidupan manusia yang baik, ada empat nilai yang merupakan fondasi pentingnya, yaitu keadilan, kebenaran, hukum, moral. Lihat Bambang Sutiyoso, 2007, *Metode Penemuan Hukum, Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta, hlm. 12

16. Lihat Derrida dalam Roger Cotterrel, *Sociological Perspective on Law*, Dartmouth Publishing Company and Ashgate Publishing Company, England, 2001, hlm.433. Keadilan merupakan *condition sine qua non* terciptanya ketertiban dan merupakan syarat utama berlangsungnya kehidupan masyarakat. Keadilan menjaga supaya tidak terjadi ketimpangan sehingga tercipta keseimbangan antara hak dan kewajiban, adanya keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan sosial.

nature of justice: actually, justice is nothing but intuitive law in our sense. As a real phenomenon justice is a psychic phenomenon, knowledge of which can be acquired through self-observation and the joint method."¹⁷

Uraian yang dikemukakan oleh Petrazycki semakin menegaskan bahwa sebenarnya keadilan bukan sesuatu yang abstrak, yang hanya berada pada dunia nilai-nilai saja tanpa perwujudan konkret. Dengan demikian, sebenarnya nilai keadilan ada dalam kehidupan masyarakat, bukan sesuatu yang abstrak (tidak membumi). Nilai keadilan semestinya menjadi landasan bagi para penegak hukum di Indonesia, termasuk hakim dalam memberikan putusan.

Menurut Satjipto Rahardjo¹⁸, sekarang mestinya hukum diproyeksikan terhadap gagasan dan pemahaman yang baru, yaitu menukik sampai pada kedalaman makna hukum. *Pertama*, para penegak hukum, dimana pun posisi mereka, mengidentifikasi diri mereka sebagai kaum *vigilantes*, orang-orang yang berjihad dalam hukum. Mereka tidak hanya membaca undang-undang tetapi diresapi dengan semangat untuk meluapkan keluar makna undang-undang yang ingin menyejahterakan rakyat. Dengan demikian diperlukan predisposisi progresif dari para penegak hukum. *Kedua*, kesadaran dan keyakinan bahwa hukum menginginkan yang baik terjadi pada rakyat dan masyarakat. Hukum bukan semata-mata sederetan kata-kata dan kalimat, tetapi merupakan pesan (*message*) yang membutuhkan realisasi. Selanjutnya, Satjipto Rahardjo¹⁹ mengemukakan bahwa para penegak hukum yang berjihad untuk memunculkan kekuatan hukum akan senantiasa memeras dan mendorong kata-kata dari teks hukum sampai ke titik paling jauh (*ultimate*) sehingga kekuatan hukum keluar dari persembunyiannya. Pengadilan tidak lagi semata-mata menjadi tempat untuk menerapkan undang-undang, melainkan menjadi tempat untuk menguji undang-undang. Hakim bukan lagi *les bouches, qui prononcent les paroles de la loi* (mulut yang mengucapkan kata-kata undang-undang), melainkan seorang *vigilante* atau *mujtahid*.

Dalam hal hakim memutus perkara dengan menggali nilai-nilai yang ada dalam kehidupan masyarakat, maka akan lebih dapat memberikan rasa

keadilan bagi masyarakat, karena pada prinsipnya hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya manusia untuk hukum. Dengan demikian ketika masyarakat berubah, maka hakim dalam penegakan hukum juga harus mengikuti perkembangan yang terjadi dalam dinamika kehidupan masyarakat. Pengadilan bukanlah institusi hukum yang steril, yang hanya berurusan dengan pengongkretan undang-undang, melainkan memiliki jangkauan yang lebih luas. Pengadilan sudah menjadi institusi sosial yang peka terhadap dinamika perkembangan masyarakat. Pengadilan sarat dengan pikiran keadilan, pembelaan rakyat dan nasib bangsanya. Ternyata pengadilan juga berhati nurani (*conscience of the court*). Hakim sebagai penegak hukum di pengadilan harus benar-benar memperhatikan dinamika masyarakat. Hakim berhati nurani dalam memutus perkara, sehingga benar-benar bisa memberikan keadilan bagi masyarakat.

Untuk dapat memenuhi harapan para pencari keadilan seorang hakim harus senantiasa mengikuti perkembangan yang ada dalam masyarakat, karena tugas yang diembannya dalam peradilan harus dapat memberikan rasa keadilan masyarakat. Hakim harus melakukan penemuan hukum untuk dapat menerapkan dalam peristiwa konkret yang diajukan kepadanya.

Dalam penemuan hukum ini sumber-sumber penemuan hukum yang dapat digunakan sesuai dengan hierarki/tingkatannya menurut Sudikno Mertokusumo²⁰ antara lain adalah: 1) Undang-undang; 2) Hukum kebiasaan; 3) Yurisprudensi; 4) Perjanjian internasional (*tractaat/treaty*); 5) Doktrin; 6) Perilaku; 7) Kepentingan manusia.

Dengan demikian hakim harus mempunyai kemampuan dan kreativitas untuk dapat menyelesaikan dan memutus perkara dengan mencari dan menemukan hukum dalam kasus yang tidak ada peraturan hukumnya atau peraturan hukumnya ada tetapi tidak jelas. Hakim harus mampu melakukan penemuan hukum untuk dapat memutus perkara sehingga terwujud keadilan yang didambakan masyarakat. Di sini hakim lebih leluasa serta luwes untuk menyelesaikan perkara, karena tidak hanya menyampaikan bunyi undang-undang, tetapi dapat melakukan penemuan hukum dari berbagai sumber penemuan hukum dan juga dapat

17. Leon Petrazycki, *Law and Morality*, Harvard University Press, Chambridge Massachussets, 1955, hlm. 241

18. Satjipto Rahardjo, 2009, *Op. Cit.* hlm. 55

19. *Ibid*, hlm. 56

20. Sudikno Mertokusumo, 1996 b, hlm. 48-54

melakukan penciptaan hukum, karena sebenarnya hukum itu ada di dalam masyarakat. Di mana ada masyarakat, di situ tentu ada hukum (*ubi societas ibi ius*), tinggal bagaimana kita menggali, sehingga dalam penegakan hukum benar-benar dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat. Apabila hakim melakukan penemuan hukum berbasis nilai keadilan dalam memutus perkara, dan kemudian putusan hakim menjadi hukum, maka akan tercipta hukum yang benar-benar sesuai dengan nilai-nilai keadilan yang ada dalam masyarakat.

Peran Hakim dalam Penemuan Hukum (*rechtsvinding*) dan Penciptaan Hukum (*rechtscreeping*)

Pada dasarnya apa yang dilakukan oleh hakim di persidangan adalah mengkonstatasi peristiwa konkret, yang sekaligus berarti merumuskan peristiwa konkret, mengkualifikasi peristiwa konkret yang berarti menetapkan peristiwa hukumnya dari peristiwa konkret, dan mengkonstitusi atau memberi hukum atau hukumannya. Semua itu pada dasarnya sama dengan kegiatan seorang sarjana hukum yang dihadapkan pada suatu konflik atau kasus dan harus memecahkannya, yaitu meliputi:²¹

1. *legal problem identification*;
2. *legal problem solving*;
3. *decision making*.

Dalam menjalankan tugasnya di persidangan tersebut Hakim harus senantiasa mengikuti perkembangan nilai-nilai yang ada di dalam masyarakat, supaya dapat memberikan putusan yang sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Dalam hal ini Hakim harus mengadili menurut hukum.

Menurut Bernard L. Tanya,²² keadilan mestinya merupakan unsur konstitutif dalam hukum, namun ada kalanya, faktual, suatu aturan tidak memiliki muatan keadilan, atau tidak selalu memiliki muatan keadilan. Meskipun hukum dan keadilan merupakan dwitunggal yang tidak terpisahkan, namun dapat saja terjadi suatu peraturan tidak mengandung keadilan apapun. Oleh karena itu seorang Hakim Indonesia tidak hanya menegakkan hukum *per se*, tetapi juga menegakkan keadilan. Seorang Hakim harus berusaha sedemikian rupa sehingga jarak dan diskrepansi antara hukum dan keadilan diminimalisir. Caranya adalah dengan menggali, mengikuti, dan

memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Dalam menjalankan tugas untuk mengadili suatu perkara ada kemungkinan bahwa tidak ada peraturan hukum, atau peraturan hukumnya tidak jelas, atau terjadi kekosongan hukum. Dalam hal demikian, maka hakim harus berusaha mencari dan menemukan hukumnya untuk menyelesaikan kasus tersebut. Oleh karena itu Hakim sangat berperan dalam penemuan hukum, mengingat perubahan dan perkembangan masyarakat yang tentunya sulit diikuti dengan perkembangan peraturan peundang-undangan secara cepat.

Menurut Scholten²³ Penemuan hukum (*rechtsvinding*) berbeda dengan penerapan hukum (*rechtstoepassing*), karena di sini ditemukan sesuatu yang baru. Penemuan hukum dapat dilakukan baik melalui penafsiran, atau analogi, maupun penghalusan hukum (*rechtsverwijning*). Penegakan hukum tidak hanya dilakukan dengan logika penerapan hukum yang mengandalkan penggunaan logika (*een hanteren van logische figuren*), melainkan melibatkan penilaian, memasuki ranah pemberian makna. Melalui silogisme dan kesimpulan logis, tidak akan ditemukan sesuatu yang baru, seperti yang dikehendaki oleh penemuan hukum. Jika hakim memutus suatu kasus berdasarkan hak dan kewajiban yang sudah ada (*preexisting right and obligation*) maka hakim tidak lebih dan tidak kurang hanya sebagai robot. Karena hakim bukan robot, tetapi manusia maka hakim dapat membuat peraturan baru. Jadi bukan hanya badan legislatif dan eksekutif yang membuat hukum, tetapi juga badan yudikatif.

Menurut Sudikno Mertokusumo²⁴, penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa konkret. Lebih konkret lagi dapat dikatakan bahwa penemuan hukum adalah konkretisasi, kristalisasi atau individualisasi peraturan hukum atau *das sollen*, yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret atau *das sein*. Peristiwa konkret itu harus dihubungkan dengan peraturan hukumnya agar dapat tercakup oleh peraturan hukum itu. Sebaliknya peraturan hukumnya harus disesuaikan dengan peristiwa konkritnya agar dapat diterapkan.

21. Sudikno Mertokusumo, 1996 b, hlm. 74

22. Bernard L. Tanya, 2000, *Hukum, politik, dan KKN*, Srikandi, Surabaya, hlm. 13

23. Lihat Scholten, dalam Anton Freddy Susanto, 2005, *Semiotika Hukum dan demokrasi, Teks Menuju Progresivitas Makna*, PT Refika Aditama, Bandung. Lihat juga Charles Himawan, 2003, *Hukum Sebagai Panglima*, Jakarta, Penerbit Buku Kompas, hlm. 24.

24. Sudikno Mertokusumo, 1996b, *Op.Cit.* hlm. 75

Ada perbedaan mendasar antara pikiran analitis dan realitas atau sosiologis, seperti diwakili oleh *analytical jurisprudence* dan *legal realism*. Yang pertama selalu melihat ke dalam bingkai peraturan dan tidak keluar dari lingkaran itu (*in het kader van de wet*). Berdasarkan pikiran hukum yang demikian itu, maka penafsiran hukum menjadi hal yang ditabukan. Tidak ada dan tidak boleh ada penafsiran, yang ada ialah penerapan hukum, undang-undang. Penafsiran itu ada di tangan badan legislatif, oleh karena dalam pembuatan hukum sudah termasuk di situ penafsirannya. Di sini kepastian sangat diunggulkan, bahkan sampai titik mutlak dan kepastian itu diperoleh dengan membaca undang-undang. Di pihak lain, pikiran realis, sosiologis dan bebas, berpendapat bahwa hukum itu merupakan kerangka yang abstrak, sedang peristiwa yang dihadapkan padanya adalah unik. Kalau orang berpegangan pada kata-kata undang-undang, maka sifat unik dari perkara tersebut akan hilang dan dikesampingkan. Oleh karena itu, setiap pembuatan keputusan hukum adalah aktivitas yang kreatif, demi melayani keunikan tersebut.

Hukum progresif dan penafsiran progresif berpegangan pada paradigma "Hukum untuk manusia", sedang *analytical jurisprudence* mengikuti paradigma "Manusia untuk Hukum". Manusia di sini merupakan simbol bagi kenyataan dan dinamika kehidupan. Hukum itu memandu dan melayani masyarakat. Dengan demikian diperlukan keseimbangan antara 'statika' dan 'dinamika', antara 'peraturan', dan 'jalan yang terbuka'. Hukum, pengadilan tidak dipersepsikan sebagai robot, tetapi sebagai lembaga yang secara kreatif memandu dan melayani masyarakat. Tugas tersebut bisa dilaksanakan, apabila hukum diberi kebebasan untuk memberi penafsiran. Menafsirkan di sini adalah bagian dari memandu dan melayani. Alam pikiran hukum tersebut pada dasarnya menerima penafsiran hukum sebagai jembatan antara undang-undang yang statis, kaku dengan masa kini dan masa depan. Hukum akan dicari dan dipercaya masyarakat, manakala ia mampu menjalankan tugas memandu dan melayani masyarakat.²⁵

Berkaitan dengan peran Hakim, pada dasarnya peran utama hakim adalah dalam persidangan, karena menjadi penentu penyelesaian kasus yang dihadapinya melalui putusan hakim. Penggunaan putusan hakim sebagai *a tool of social engineering* menurut Roscoe Pound, sebagaimana diringkas oleh

Ahmad Ali²⁶ adalah sebagai berikut:

1. Fungsi *social engineering* (rekayasa sosial) dari hukum maupun putusan hakim, pada setiap masyarakat (kecuali masyarakat totaliter) ditentukan dan dibatasi oleh kebutuhan untuk menyeimbangkan antara stabilitas hukum dan kepastian terhadap perkembangan hukum sebagai alat evolusi sosial.
2. Kebebasan pengadilan yang merupakan hal esensial dalam masyarakat demokratis, pembatasan lebih lanjut diadakan jika pengadilan menjadi penerjemah-penerjemah yang tertinggi dari konstitusi. Kecenderungan yang menyolok di tahun-tahun akhir ini tidak dapat dicampuri dengan kebijakan modern badan legislatif melalui penafsiran konstitusi yang kaku dan tidak terlalu obyektif, kata-kata yang bermakna luas dari teks-teks konstitusi sering melahirkan rintangan-rintangan yang tak teratasi.
3. Dalam sistem-sistem hukum, di tangan organ politiklah terletak pengawasan yang tertinggi terhadap kebijakan badan legislatif sehingga fungsi hakim menjadi relatif lebih mudah. Dalam fungsi tambahan dari badan pengadilan itu sebagai penafsir peraturan-peraturan politik dan sebagai wasit dari tindakan-tindakan yang bersifat administratif, maka tugas hakim di sini pada hakikatnya menyerahkan kebijakan pada organ-organ yang dipilih dari demokrasi dan membuat penafsiran kebijakan yang sejenis itu dengan sangat baik. Ini berarti penafsiran yang terbatas dari pemeriksaan-pemeriksaan sejenis itu, seperti pelanggaran keadilan alami, hal-hal yang tidak masuk akal ultra virus dan sebagainya.
4. Dalam menafsirkan preseden dan undang-undang, fungsi pengadilan dapat dan harus lebih positif dan konstruktif.

Penafsiran undang-undang yang dilakukan dengan sangat baik, dan bersifat membantu kebijakan hukum, dan bukan malah sebaliknya menghalang-halangnya, dikuasai oleh prinsip-prinsip yang sama yang menunjukkan pengekan-pengekan pengadilan dalam menyatakan tidak sahnya undang-undang atau tindakan-tindakan pemerintah. Perkembangan hukum melalui penafsiran preseden yang dilakukan dengan luwes akan sangat dibantu jika Mahkamah Agung tidak terlalu terikat pada preseden, seperti yang baru-baru ini disarankan

25. Anton Freddy Susanto, *Op. Cit.*, hlm. 12-13

oleh Lord Wright.

5. Semakin lebih banyaknya penggunaan hukum sebagai alat pengendalian sosial serta kebijakan dalam masyarakat modern, secara bertahap mengurangi bidang "hukumnya pakar hukum", dan, dengan demikian, fungsi kreatif dari hakim dalam sistem-sistem hukum kebiasaan, namun hal itu menjadikan perkembangan hukum oleh pengadilan yang kreatif dalam fungsi tambahannya menafsirkan undang-undang dan pembatasan-pembatasan tindakan-tindakan administratif oleh pengadilan pengadilan bertambah penting.

Yang lebih tegas menekankan penggunaan hukum maupun putusan hakim sebagai *a tool of social engineering* adalah Mochtar Kusumaatmadja. Mochtar Kusumaatmadja ingin mendayagunakan hukum nasional yang modern sebagai sarana untuk mengubah dan merekayasa kehidupan masyarakat²⁷. Menurut Mochtar Kusumaatmadja²⁸, pandangan yang kolot tentang hukum yang menitikberatkan pada pemeliharaan ketertiban dalam arti statis, dan menekankan sifat konservatif dari hukum, menganggap bahwa hukum tidak dapat memainkan suatu peranan yang berarti dalam proses pembaharuan. Ucapan bahwa dengan ahli hukum orang tidak dapat membuat revolusi menggambarkan anggapan demikian. Anggapan tadi tidak benar dan dibantah oleh pengalaman antara lain di Amerika Serikat, terutama setelah New Deal mulai tahun tigapuluhan dapat dilihat penggunaan hukum sebagai alat untuk mewujudkan perubahan-perubahan di bidang sosial. Di negara tersebutlah timbul istilah *law as a tool of social engineering* (R. Pound). Peranan hukum dalam bentuk keputusan-keputusan Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam mewujudkan persamaan hak bagi warga yang berkulit hitam merupakan contoh yang sangat mengesankan dari peranan progresif yang dapat dimainkan oleh hukum dalam masyarakat. Intinya tetap ketertiban. Selama perubahan yang dikehendaki dalam masyarakat hendak dilakukan dengan cara yang tertib, selama itu masih ada tempat bagi peranan hukum.

Sehubungan dengan hal ini, Paul Scholten²⁹, menyebutkan bahwa masa keemasan hakim

memperlakukan hukum seperti pekerjaan matematis, yang memproses undang-undang seperti memproses angka-angka secara logis (*hanteren van logische figuren*) sudah lewat. Pekerjaan hukum itu lebih dari sekedar silogisme. Putusan hukum tidak dibuat semata-mata menurut jalur logika, melainkan melompat (*In de beslissing zit altijd ten slotte een sprong*). Scholten mengajukan gagasan "*logische expansiekracht van het recht*" (kekuatan hukum untuk mengembangkan diri). Menurutnya, hukum bukan merupakan bangunan logis yang tertutup (*logische geslotenheid*), ada kekuatan yang tersembunyi dalam hukum.

Menurut Satjipto Rahardjo³⁰ gagasan hukum progresif, yang dikembangkan sejak 2002 merupakan lahan pesemaian yang bagus bagi pengembangan kekuatan yang tersimpan dalam hukum. Hukum progresif menolak cara ber hukum yang menyebabkan hilangnya dinamika hukum. Hukum menjadi statis dan stagnan manakala kita tidak berusaha menyangi dan menyingkirkan hambatan-hambatan yang menyebabkan hukum menjadi stagnan. Salah satu hal yang akan terhambat adalah tidak munculnya kekuatan yang sebenarnya ada secara inheren dalam hukum. Kekuatan yang tersimpan itu menjadi tidak muncul karena para penegak hukum sendiri yang menyebabkannya. Penghambatnya adalah cara ber hukum yang hanya mengeja teks undang-undang. Tidak muncul atau dimunculkannya kekuatan yang ada di dalam hukum yang seharusnya mampu atau tajam menjadi tumpul dan tidak mampu menyelesaikan persoalan yang dihadapinya. Pekerjaan hukum lebih dari hanya logis-rasional, melainkan sesuatu yang menuntut kreativitas dari para pelakunya. Di sinilah pekerjaan memunculkan kekuatan hukum memperoleh tempatnya.

Hakim di samping dapat melakukan penemuan hukum, juga dimungkinkan membentuk hukum, kalau hasil penemuan hukumnya itu kemudian merupakan yurisprudensi tetap yang diikuti oleh para hakim dan merupakan pedoman bagi masyarakat, yaitu putusan yang mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkrit, tetapi memperoleh kekuatan berlaku umum. Jadi satu putusan dapat sekaligus mengandung dua unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaiannya

26. Ahmad Ali, *op.cit.*, hlm. 206

27. Soetandyo Wignjosoebroto -, 2002, "*Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*", Jakarta, ELSAM, hlm. 365

28. Ahmad Ali, *op.cit.*, hlm. 207

29. Lihat Paul Scholten dalam Satjipto Rahardjo, 2009, *op.cit.*, hlm. 57

30. *Loc. Cit.*

atau pemecahan suatu peristiwa konkrit dan di pihak lain merupakan peraturan hukum untuk waktu mendatang³¹

Dalam hal demikian Hakim telah melakukan penemuan hukum, dan sekaligus melakukan pembentukan hukum. Menurut Sudikno Mertokusumo³², istilah penciptaan hukum (*rechtsschepping*) kurang tepat, karena memberi kesan bahwa hukumnya itu sama sekali tidak ada, kemudian diciptakan, dari tidak ada menjadi ada. Hukum bukanlah selalu berupa baik tertulis maupun tidak, tetapi dapat juga berupa perilaku atau peristiwa. Di dalam perilaku itulah harus diketemukan atau digali kaidah atau hukumnya. Dalam Pasal 5 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan kehakiman disebutkan bahwa Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian istilah penemuan hukum (*rechtsvinding*) yang tepat.

Apabila suatu kaidah atau ketentuan dalam suatu putusan kemudian diikuti secara konstan atau tetap oleh para hakim dalam putusannya dan dapat dianggap menjadi bagian dari keyakinan hukum umum, maka dapat dikatakan bahwa terhadap masalah hukum tersebut telah terbentuk yurisprudensi tetap. Diputuskanlangnya kaidah hukum dalam suatu putusan oleh suatu yurisprudensi tetap akan memperkuat wibawa kaidah hukum tersebut. Sebagai contoh yurisprudensi tetap adalah Putusan HR 31 Januari 1919, mengenai Perbuatan Melawan Hukum, sebagaimana telah dikemukakan pada bagian Pendahuluan tulisan ini.

Dengan demikian hakim harus mempunyai kemampuan dan kreativitas untuk dapat menyelesaikan dan memutus perkara dengan mencari dan menemukan hukum dalam kasus yang tidak ada peraturan hukumnya atau pewarturannya ada tetapi kurang jelas. Hakim harus mampu melakukan penemuan hukum untuk dapat memutus perkara sehingga terwujud keadilan yang didambakan masyarakat. Di sini hakim lebih leluasa serta luwes untuk menyelesaikan perkara, karena tidak hanya menyampaikan bunyi undang-undang (*la bouche de la loi*), tetapi dapat melakukan penemuan hukum dari berbagai sumber penemuan hukum, karena sebenarnya hukum itu ada di dalam masyarakat. Di mana ada masyarakat, di situ tentu ada hukum (*ubi societas, ibi ius*), tinggal bagaimana kita

menggali, sehingga dalam penegakan hukum benar-benar dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat. Apabila hakim melakukan penemuan hukum berbasis nilai keadilan dalam memutus perkara, dan kemudian putusan hakim menjadi hukum, maka akan tercipta hukum yang benar-benar sesuai dengan nilai-nilai keadilan yang ada dalam masyarakat.

Dalam penegakan hukum seharusnya hakim berpegang teguh pada prinsip bahwa hukum adalah untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Oleh karena itu, hakim harus senantiasa mengedepankan nilai keadilan dalam masyarakat, sehingga harus selalu mengikuti dinamika perubahan yang ada dalam masyarakat.

Simpulan

Pada masa masa sekarang, seharusnya hukum tidak hanya menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat, tetapi lebih jauh lagi bagaimana hukum menjadi faktor penggerak ke arah perubahan masyarakat (*law is a tool of social engineering*). Karena demikian pesatnya perkembangan masyarakat, maka peratryan perundang-undangan tidak mungkin mencakup semua peristiwa selengkap-lengkapnnya dan sejelas-jelasnnya, sehingga perlu adanya penemuan hukum. Dalam peradilan, Hakim di samping dapat melakukan penemuan hukum, juga dimungkinkan membentuk hukum, kalau hasil penemuan hukumnya itu kemudian merupakan yurisprudensi tetap yang diikuti oleh para hakim dan merupakan pedoman bagi masyarakat, yaitu putusan yang mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkrit, tetapi memperoleh kekuatan berlaku umum. Jadi satu putusan dapat sekaligus mengandung dua unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaian atau pemecahan suatu peristiwa konkrit dan di pihak lain merupakan peraturan hukum untuk waktu mendatang. Pada masa sekarang, hakim harus mempunyai kreativitas yang tinggi dan berpikir progresif, sehingga benar-benar menegakkan hukum sesuai dengan nilai-nilai yang berkembang di dalam masyarakat. Hakim bukan lagi *les bouches, qui prononcent les paroles de la loi* (mulut yang mengucapkan kata-kata undang-undang), melainkan seorang *vigilante* atau *mujtahid* (orang yang berjihad), sehingga kekuatan hukum yang tersembunyi menjadi terungkap. Dengan demikian hukum menjadi tajam dan dapat menyelesaikan permasalahan di dalam

31. Sudikno Mertokusumo, 1996b, *Op.Cit.*, hlm. 37

32. *Ibid*, hlm. 37

masyarakat. Dalam penegakan hukum seharusnya hakim berpegang teguh pada prinsip bahwa hukum adalah untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Oleh karena itu, hakim harus senantiasa mengedepankan nilai keadilan dalam masyarakat, sehingga harus selalu mengikuti dinamika perubahan yang ada dalam masyarakat.

Daftar Pustaka

Buku

- Ali, Achmad, 2002, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Toko Gunung Agung, Jakarta.
- Alkostar, Artidjo, *Reformasi Sistem Peradilan Dalam Penegakan Hukum di Indonesia*, <http://www.legalitas.org/27> Juni 2007
- Black, Donald-, 1976, *The Behaviour of Law*, Academic Press, New York,.
- Capra, Fritjoff -, 2007, *The Turning Point*, Penerjemah M. Toyyibi, Cetakan ke-7, Jejak, Yogyakarta
- Fritjoff Capra, 2007, *The Turning Point*, Penerjemah M. Toyyibi, Cetakan ke-7, Jejak, Yogyakarta.
- Cotterrel, Roger-, 2001, *Sociological Perspective on Law*, Dartmouth Publishing Company and Ashgate Publishing Company, England.
- Hart, H.L.A-, 1981, *The Concept of Law*, Oxford, Inggris: Oxford University Press.
- Himawan, Charles-, 2003, "*Hukum Sebagai Panglima*", Penerbit Buku Kompas, Jakarta.
- Muladi, 2006, *Pancasila Sebagai Margin of Appreciation Dalam Hukum yang Hidup di Indonesia dalam: Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Penyunting Ahmad Gunawan dan Mu'ammarr Ramadhan, Pustaka Pelajar-IAIN Walisongo dan PDIH Undip, Jogjakarta
- Petrzyscki, Leon-, 1955, *Law and Morality*, Harvard University Press, Chambridge Massachussetts.
- Satjipto Rahardjo, 2008, "*Membedah Hukum Progresif*", Penerbit Buku Kompas, Jakarta
-, 2006, *Hukum dalam Jagad Ketertiban*, Cetakan I, UKI Press, Jakarta
-, 2009, *Lapisan-lapisan dalam Studi Hukum*, Cetakan Pertama, Bayumedia Publishing, hal. 55
-, 2005, *Hukum Adat Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia (Perspektif Sosiologi Hukum)*, Makalah disampaikan pada Lokakarya Hukum Adat diselenggarakan oleh Mahkamah Konstitusi, 4-6 juni 2005
-, 1993, *Pendekatan dan Pengkajian Sosiologis Terhadap Hukum*, Makalah Seminar, Pebruari 1993.
- Soejono, D., 1978, *Penegakan dalam Sistem Pertahanan Sipil*, PT Karya Nusantara Cabang Bandung.
- Sutiyoso, Bambang 2007-, *Metode Penemuan Hukum, Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta.
- Susanto, Anthon Freddy-, 2005, "*Semiotika Hukum dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresivitas Makna*", PT Refika Aditama, Bandung.
- Tamanaha, Brian Z.-, 2006, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, New York.
- Tanya, Bernard L.-, 2006, *Hukum, Politik, dan KKN*, Srikandi, Surabaya.
- Teitel, Ruti G.-, 2004, *Keadilan Transisional Sebuah Tinjauan komprehensif*, Terjemahan dari *Transitional Justice*, ELSAM, Jakarta,
- Wignjosoebroto, Soetandyo-, 2002, "*Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*", ELSAM, Jakarta.
- [http/ catuy. Multiply com/](http://catuy.multiply.com/) *Enaknya Jadi Hakim di Indonesia*
- Alkostar, Artidjo-, *Reformasi Sistem Peradilan Dalam Penegakan Hukum di Indonesia*, <http://www.legalitas.org/27> Juni 2007

Peraturan Perundang-undangan

- Undang-Undang Dasar 1945
- Kitab Undang-undang Peradilan Umum
- Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman
- Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung
- Undang-undang Nomor 5 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas UU No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung